Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(5) ; May 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
17. 3 .2019	11.5.2019	15.5.2019

حماية الطرف الضعيف في العقد

The Legal protection of the weak party in the Contractual Relation

د.علي عبد الله عفريت

Dr. Ali Abdullah Ifrit, PhD.

كلية الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلامية الجامعة /بغداد – العراق

Imam Kadhum University College / Iraq

الملخص

تشكل حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية أهمية بالغة بالنسبة لتطور الرابطة التعاقدية عمومًا، حيث إن وجود حماية للطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية يحقق ثقة الأفراد بجدوى إبرام العقود العامة، وبغياب حماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية أو بضعفها، لن تكون العلاقة والرابطة العقدية قادرة على تحقيق أهدافه، سواء بتحقيق الأمان والاطمئنان لدى الطرف الضعيف، أو بتحقيق الائتمان لدى الطرف القوي في الرابطة العقدية.

وعلى الرغم من صدور قوانين خاصة لحماية الطرف الضعيف بالعقد في بعض البلدان إلا أنها لم تعالج هذه الشروط معالجة شاملة؛ لذا كانت الحاجة إلى ضمانات تحقق حماية الطرف الضعيف بالعقد من الشروط التعسفية.

Summary

The protection of the weak party from arbitrary conditions is of great importance to the overall development of the contractual association, since the protection of the weak party in the contractual association satisfies the confidence of individuals in the feasibility of concluding public contacts and in the absence of protection or weakness of the weak party in the contractual association, to achieve its objectives, whether by the safety and security of the weak party, or to achieve credit to the strong party in the Nodal legate. Although special laws have been enacted to protect the weak party in some countries, they have not been comprehensively addressed; the need for guarantees to protect the weak party by contract has been arbitrary.

المقدمة

تتأسس نظرية العقد على حرية إرادة الطرفين واعتبارها أساسًا للقوة الملزمة للعقد ما دامت لم تتجاوز مقتضيات النظام العام، وهو ما يفترض عدم التدخل في التعاقد وما يتضمنه من شروط بما يعدل من إرادة المتعاقدين، حيث يجب تحرير تلك الإرادة من أية قيود ما دام طرفا العلاقة التعاقدية قد ارتضوا بما تضمنه العقد من بنود.

غير أن نظرية سلطان الإرادة بدأت تتعارض مع بعض المعطيات المستحدثة التي أثرت على الإرادة السليمة لطرفي التعاقد، فالتطورات الاقتصادية والاجتماعية، سمحت بتفرد أحد طرفي العلاقة بإعداد وصياغة شروط العقد سلفًا دون أن يكون هناك تفاوض أو مناقشة من قبل الطرف الآخر؛ حيث يكون على الأخير إما قبول التعاقد أو رفضه كما هو الحال في عقد التأمين، نظرًا لما لشركة التأمين – المؤمن من قوة اقتصادية ضخمة تمكنها– من فرض نموذج العقد الذي تنفرد بإعداد شروطه، وتطبعه في صورة وثيقة تعرضها بشكل عام للكافة، ولا ترتضي فيها تبديل أو تعديل أو مناقشة، بحيث إن الراغب في التأمين تقتصر حريته على اختيار المؤمن فحسب، أما الخيارات الأخرى تتضاءل إلى مجرد القبول أو الرفض، دون أن تلعب إرادة المؤمن له أي دور في تحديد شروط عقد التأمين، الأمر الذي يدفع المؤمن إلى وضع المزيد من الشروط التعسفية التي تحقق مصالحه على حساب الطرف الآخر.

نتيجة لذلك، ظهرت الحاجة إلى إيجاد الوسائل والآليات التي تستهدف حماية الطرف الضعيف بالعقد من الشروط التعسفية، وذلك من خلال استحداث نظام قانوني خاص بحماية الطرف الضعيف بالعقد من الشروط التعسفية، فيمكن تطبيقه على العلاقة التعاقدية، سواء عند تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه.

أهمية الدراسة:

يشهد العالم اليوم تحولات كبيرة في شتى مجالاته المتفاعلة، ومن جملة هذه التحولات زيادة معدل الطلب على السلع والخدمات مما أدى بصورة آلية إلى تغيير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية، وكان من نتائج ذلك أن برز وتعمق المركز القانوني لاثنين من أبرز الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية، وهما المحترف الذي يمكن أن يطلق عليه وصف الشخص المتفوق اقتصاديًا، والمستهلك الذي يوصف بالشخص الضعيف، ولعل من أبرز ما استعمله المحترفون سلاحًا ضد المستهلكين هو فرضهم لجملة من الشروط التعسفية في العقود التي تجمعهم مع المستهلكين عن طريق ما يقدمونه لهم من سلع وخدمات لا غنى لهم عنها؛ ما هز بشكل كبير العقود من حيث توازنها وما ينبغي أن يتوافر فيها من عدالة بين أطرافها.

منهج الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المنهج المقارن عن طريق مقارنة مفهوم المستهلك وحمايته في قوانين حماية المستهلك العراقي والمصري، وكذلك مقارنة مفهوم عقد الإذعان في القانون المدني العراقي والمصري وكذلك وسائل

حمايته، كما اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص المتعلقة بالموضوع في القوانين المدنية وقوانين حماية المستهلك؛ بهدف الوصول إلى الحماية الناجحة للمستهلك في عقد الإذعان، ويتطرق البحث إلى تحديد مفهوم المستهلك في قوانين حماية المستهلك وطرق حمايته، كما يبحث مفهوم عقد الإذعان في إطار القانون المدني وطرق حماية الطرف المذعن إذا ما كان مستهلكًا، فالبحث يتطرق إلى الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان في إطار القانون المدني وقانون حماية المستهلك.

مشكلة الدراسة:

تثير الدراسة إشكالية تتمثل في الآتي: ما هي الإجراءات القانونية اللازمة لحماية الطرف الضعيف بالعقد من الشروط التعسفية؟ ومدى ملاءمة الإجراءات المنصوص عليها في التشريع العراقي لحماية الطرف الضعيف بالعقد في مواجهة هذه الشروط؟

خطة الدراسة:

المبحث الأول: الحماية القانونية للطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية.

المطلب الأول: الحماية القانونية وأساليبها.

المطلب الثاني: فكرة الطرف الضعيف ومبررات حمايته في الرابطة العقدية.

المبحث الثاني: وسائل حماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية.

المطلب الأول: الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية.

المطلب الثاني: الوسائل القضائية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية.

المبحث الأول

الحماية القانونية للطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية

القواعد القانونية الخاصة بحماية الطرف الضعيف تمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية لحماية حقوق الإنسان، وكما يسعي الإنسان في سبيل إشباع احتياجاته إلى الحصول علي السلع والخدمات المختلفة، وبالنظر إلي اختلال التوازن في العلاقة العقدية بين الطرفين من حيث الخبرة الفنية والاقتصادية، عمدت بعض التشريعات الخاصة إلى توفير الحماية للمستهلك بوصفة الطرف الضعيف في العقد، ولذا سنقم هذا المبحث على مطلين نجعل الأول للحماية القانونية وأساليبها والآخر لفكرة الطرف الضعيف ومبررات حمايته في الرابطة العقدية.

المطلب الأول

الحماية القانونية وأساليبها

أولًا: تعريف الحماية القانونية:

الحماية القانونية تعتبر موضوعًا من الموضوعات الحديثة نسبيًا في ذاتها، وترجع حداثة العهد به إلى أن هذه الحماية لم يكن يختص بها تشريع أو قانون بعينه، بل كانت وما زالت تتكفلها تشريعات متنوعة ومتفرقة تنتمي إلى فروع القانون المختلفة، التي تختلف في طبيعتها وموضوعها والمقاصد التي تسعى إلى تحقيقها باتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة، التي عن طريقها نستطيع أن نوفر الحماية للطرف الضعيف سواء ما كان في مواجهة المنتج أم التاجر.

وتعد الحماية الجنائية من أهم جوانب الحماية القانونية التي يكفلها المشرع للجمهور، فهي التي يركن المشرع إليها حين يقدر عدم كفاية أو قصور الحماية المقررة في فروع القانون الأخرى، أو حين يرمي إلى حماية سياسة اقتصادية يتبعها من أجل مصلحة الجمهور[١].

ولقد كان التدخل التشريعي في بداية الأمر ولاسيما تلك المتعلقة بالرضا من خلال القواعد القانونية للقانون المدني، إلا أن هذه القواعد لم تعد كافية لتأمين هذه الحماية، بحيث لجأ بعضهم إلى جميع الوسائل والأساليب للتهرب من المسؤولية المترتبة عليهم ضمن أحكام القانون المدني؛ مما استدعى تدخل المشرع بالأسلوب الجزائي لحماية الطرف الضعيف[٢].

وعلى الرغم من ذلك، لن يتناول البحث الحماية الجنائية؛ لأننا نبحث هذا الموضوع في إطار القانون الخاص، والحماية الجنائية لها مجال آخر ليس في نطاق هذا البحث، وإنما أردنا أن نشير إلى هذه الحماية بوصفها أحد أنواع الحماية القانونية فقط، وإنما سينصب الجهد في هذا البحث على الحماية المدنية؛ إذ تعد قوام الحماية القانونية.

وقد عرفت بأنها: (توفير الأمان والاطمئنان والضمان للشخص في ممارسة حقوقه ومصالحه ومكانته القانونية بصورة تجعله مكفولًا ومتسلحًا بسلاح الدفاع عن أي من حقوقه ومصالحه ومكانته، من خلال وسائل وأدوات هيأ القانون له استخدامها عند مواجهته لخطر أو تعرضه لضرر)[٣].

وما دمنا بصدد تحديد المقصود بالحماية القانونية، فإنه تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن مسلك قوانين حماية المستهلك المقارنة، كالقانون الفرنسي والمصري، قد جرى على تحاشي وضع تعريف تشريعي لمفهوم

---

(١) د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٥٥.

(٢) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص٨٢.

(٣) د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، دراسة تحليلية، التفسير للنشر، بغداد، ٢٠٠٨م، ص١٧.

الحماية القانونية باعتبار أن مسألة وضع تعريفات قانونية للمصطلحات المستخدمة أمرًا ليس من عمل المشرع، إلا أن قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠م قد خرج على هذا المسلك بإيراده تعريفًا لهذا المصطلح، نصت عليه المادة (١)، من الفقرة الأولى، التي حددت المقصود بحماية المستهلك بأنه: (الحفاظ على حقوق المستهلكين ومنع الضرر عنهم)، وهو أمر كان من الأجدر بالمشرع العراقي تجنبه.

فعن طريق هذه التعريفات، نجد القانون كان معنيًا بحماية الضعفاء في مواجهة الأقوياء وذوي النفوذ، كما منح القضاء سلطة إعانة الطرف الضعيف من جور الطرف القوي وتسلطه على العقد من خلال تضمينه شروطًا جائرة تخفف أو تحد من التزامات الأخير، وبالمقابل تزيد من التزامات الطرف الضعيف[٤].

فتركزت هذه الحماية في الروابط العقدية التي تقوم بين هاتين الطائفتين، فالقانون بقواعده الآمرة هو الذي يحد من تسلط القوي ويمنعه من فرض إرادته على الضعيف، الذي لا يملك بسبب تدني مركزه أن يدافع عن مصلحته عند التعاقد.

وما تقدم يمكن تعريف الحماية القانونية بأنها (مجموعة الإجراءات والنصوص القانونية التي يسعى المشرع عن طريقها أو يخول القاضي سلطة تقديرية في مواجهة الشروط التعسفية في العقد، الذي يبرم بين طرف قوي ينتفع من وضع هذه الشروط وطرف ضعيف يتضرر منها).

ثانيًا: أساليب الحماية القانونية في تحديد الشروط التعسفية:

قد تصاعدت الرغبة في أغلب دول العالم في أن يتم توفير حماية قانونية للطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، وقد تدخلت بعض التشريعات بشكل مباشر وواضح لحظر بعض الشروط، التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى تعسف في استعمال الحق.

وتتنوع الأساليب التي يتم الالتجاء إليها؛ لتحديد ما يعد شرطًا تعسفيًا من الشروط الواردة في بعض أنواع العقود، وتتمثل تلك الأساليب فيما يلي:

الأول: الأسلوب التقديري:

يقصد بالأسلوب التقديري في مجال تحديد الشروط التعسفية (الحالة التي يمنح فيها للمحكمة سلطة تقديرية في تعديل أو إبطال شروط العقد التعسفية، استنادًا إلى نص قانوني)[٥].

وعلى هذا؛ فإن نص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري، قد خول القاضي سلطة واسعة بشأن تقدير ما إذا تضمن عقد الإذعان شروطًا تعسفية أم لا، ولم ترسم له حدودًا في ذلك إلا بما تقتضيه العدالة فضلًا

(٤) آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠م، ص٢٢.

(٥) د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص١١٨.

عن ارتباط فكرة الشرط التعسفي في ظل هذه المادة بنظرية عقود الإذعان، فهي لم تضع معيارًا عامًا لهذه الفكرة، يتقيد به القاضي بما يحد من السلطة الممنوحة له.

وكذلك ما نستخلصه من نص الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي، أن القاضي له أن يعدل أو يعفي الطرف المذعن في عقد الإذعان من الشروط التعسفية، ولم يرسم له المشرع حدودًا في ذلك إلا بما تقضي به قواعد العدالة، وأي اتفاق يحد أو يعدل من السلطة الممنوحة للقاضي بشأن عقد الإذعان يعد اتفاقًا باطلًا؛ لمخالفته للنظام العام.

ولهذا نجد السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي في كلا النصين المذكورين أعلاه مقتصرة على الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان دون غيرها من العقود، وهذه هي صورة الحماية التي يسبغها القانون على الطرف الضعيف في عقد الإذعان، عندما عدها شروطًا تعسفية إذا كانت مجحفة وغير موافقة لقواعد العدالة، ويقع تقدير ذلك على عاتق القاضي متى ما ثبت له ذلك، حكم بمقتضى سلطته التقديرية إما بتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها [٦].

ولذلك يمكن للقاضي أن يستهدي في بحثه عما إذا كان الشرط تعسفيًا أم لا، بالمعايير التعسفية التي نص عليها في المادة (٥) من القانون المدني المصري، والمادة (٧) من القانون المدني العراقي.

الثاني: الأسلوب اللائحي:

اتخذ المشرع الفرنسي الأسلوب اللائحي في تحديد الشروط التعسفية، على الرغم من أنه أشار إلى تعريف الشرط التعسفي، وبين عناصره ومعاييره، فقد اعتمد هذا الأسلوب في قانون حماية وإعلام المستهلكين الصادر في ١٩٧٨/٢/١٠م، بخصوص الفصل الرابع المعنون بـ "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية، وكذلك في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٦٤٩ الصادر عام ١٩٩٣م[٧]، وعلى هذا الوجه استبدل المشرع الفرنسي بسلطة القاضي في تقدير التعسف الذي يشوب بنود العقد التحديد اللائحي للبنود التعسفية، الذي تضعه السلطة التنفيذية، وعلل هذا المسلك بالرغبة في تجنب المساوئ التي تقترن بكل تدخل قضائي [٨].

ويعرف أسلوب اللائحة بإنه (يتمثل في إعداد قوائم تتضمن تعدادًا للشروط التي تعد تعسفية، ومن ثم يحظر المشرع إدراجها في عقود الاستهلاك) [٩].

---

(٦) ندي عبد الكاظم حسين، نظرية انتقاص العقد، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٠م، ص١٢٤.

(7) RAYMOND, Droit de la consommation, Litéc, 2008, p.183

(٨) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٠م، ص١٨٨.

(٩) د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص١١٨.

الثالث: الأسلوب المختلط:

قد يكون من مصلحة بعض الدول إتباع الأسلوب التقديري والأسلوب اللائحي معًا؛ وذلك انسجامًا مع ظروف الدولة من النواحي القانونية والاقتصادية والاجتماعية، إذ صدر في ألمانيا قانون خاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن في ٩/كانون الأول/١٩٧٦م، عن الشروط العامة في العقود، وبدأ العمل بهذا القانون في الأول من أبريل ١٩٧٧م، وقد كان الهدف من هذا القانون هو حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن الناتج من العقود المكتوبة مسبقًا بإرادة أحد الطرفين ولمواجهة ما يؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ الحرية التعاقدية، الذي جاء به القانون المدني الألماني بما يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقدين [١٠].

وأن المشرع في هذا القانون لا يرفض الشروط العامة، بل يشجع على وجودها؛ طالما كانت موجهة لخدمة المصالح الاقتصادية المعقولة.

المطلب الثاني

فكرة الطرف الضعيف ومبررات حمايته في الرابطة العقدية

تجد الحاجة إلى الحماية القانونية أساسها في حالة الضعف التي تسيطر على العملية التعاقدية واختلال التوازن الواضح بين أطراف العلاقة التعاقدية؛ إذ أن الطرف الضعيف حر من الناحية النظرية في التعاقد من عدمه، غير أن حريته تنحصر في قبول العقد برمته أو رفضه من دون مناقشة المحتويات.

وعليه فإن حماية الطرف الضعيف في العقد واجب قانوني يقع على عاتق المشرع والقاضي والفقيه، فهم بالنسبة إليه الملاذ الآمن الذي يرجع إليه؛ ليحتمي من بطش الأقوياء الذين تحصنوا بنفوذهم ومراكزهم وتفوقهم الاقتصادي.

أولًا: فكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية:

الإرادة في العقد هي التي تتحكم بشأنه؛ لأن العقد ينشأ ويظهر إلى الوجود بفضل تلاقي الإرادتين وتوافقهما، وحتى يعبر العقد عن هاتين الإرادتين حق التعبير لابد أن تكونا متوازنتين، فإن اختل هذا التوازن لصالح أحد الطرفين، وجب التدخل لحماية الطرف الضعيف في العقد [١١].

والتساؤل الذي يثار، من هو الطرف الضعيف في العقد الذي يستوجب من التشريع والقضاء والفقه توفير الحماية له؟ وماهي المقومات والمعايير التي عن طريقها يتم معرفته؟ للإجابة، نجد تعدد مظاهر الضعف

(١٠) د. عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨م، ص١٢٢.

(١١) د. علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية، دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١م، ص٢٠.

التعاقدي تكون تبعًا لتنوع أسبابه أو العوامل التي تؤدي إليها، فهذه العوامل قد تكون نابعة من شخص العاقد نفسه، أو قد تكون خارجية عنه بحيث لا تتصل بشخصه [١٢].

إذ نجد المحترف يعد هو الطرف القوي في علاقته العقدية مع المستهلك وهو الطرف الضعيف؛ مما يؤدي إلى وجود علاقات عقدية غير متكافئة اقتصاديًا أو معرفيًا، وهذا ما يدعو المشرع إلى التدخل لإعادة التوازن [١٣].

ففي الغالب يملي الطرف الأقوى في العقد شروطه على الطرف الضعيف، ويكون الغرض من هذا هو ترتيب التزامات عقدية؛ لغرض تحقيق أكبر قدر من الربح دون أن يأخذ بالحسبان مصالح الطرف الآخر الصحية والاقتصادية [١٤].

فلم يحظ مفهوم المستهلك باهتمام الفقه القانوني حتى بداية النصف الثاني من القرن العشرين؛ إذ كان هذا المفهوم مستعملًا من قبل علماء الاقتصاد فقط، لكن تزايد استعمال المصطلح في اللغة القانونية خاصة مع بداية حركة الدفاع عن المستهلكين، وبتبلور فكرة حماية المستهلكين التي انطلقت من الولايات المتحدة، وانتقلت بعد ذلك إلى الدول الأوربية لتصبح اليوم ظاهرة منتشرة في الكثير من الدول مما أثار جدلًا فقهيًا وقضائيًا حادًا حول مفهومه القانوني فهناك من يضيق من مفهوم المستهلك ومن جهة أخرى هناك من يوسعه [١٥].

ومن ثم ترتب على ذلك أن **الفقه القانوني** اختلف في تحديد مفهوم المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد إلى اتجاهين:

في الاتجاه الأول: ضيق من مفهوم المستهلك فعرفه على أنه (الشخص الذي يتملك أو يستخدم المنتجات أو الخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية) [١٦].

وعرفه آخر: (بأنه ذلك الشخص الذي يسعى للحصول على متطلباته الأساسية أو الكمالية من مختلف السلع الاستهلاكية وغيرها من المواد والخدمات والوسائل التي تعينه على متطلبات الحياة من غذاء وكساء

(١٢) محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص١٦.

(١٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٥.

(١٤) د. أبو عبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، ط١، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، ٢٠٠٨م، ص٧١.

(١٥) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٧م، ص١٨.

(١٦) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مطبعة التقدم، إسكندرية، ١٩٨٦م، ص٦.

وأدوات للزينة وما إلى ذلك من الأشياء التي يحصل عليها من الأسواق على أساس التعامل مع التجار وأصحاب المهن أو الحرف المختلفة)[١٧].

فركز أنصار هذا الاتجاه في تعريفهم للمستهلك، على غرض الشخص من التعاقد للحصول على السلعة أو الخدمة، فاشترطوا أن يتم ذلك لغايات لا تتعلق بالنشاط المهني الذي يمارسه، وترتيبًا على ذلك لا يعد مستهلكًا من يتملك أو يستخدم منتجات أو خدمات لأغراض مهنته أو حرفته، وسند ذلك عدم تأكد ضعف هذا المهني حين يتصرف خارج نطاق اختصاصه ضعفًا يماثل حال المستهلك العادي[١٨].

فبعض التشريعات تبنت هذا المفهوم للمستهلك، ومن بين هذه التشريعات التوجيه الأوربي رقم (٩٧ – ٧) المتعلق بحماية المستهلكين في العقود التي تتم عن بعد الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٠م، إذ أشار في مادته (٢ / ٢) بمناسبة تعريفه للمستهلك بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف لغايات لا تدخل في إطار نشاطه المهني).

وأوردت التوجيهات الأوروبية تعريفات متعددة للمستهلك في موضوعات أخرى، لكنها تحمل جميعًا ذات المعنى تقريبًا، وتظهر مدى تمسكها بالمفهوم الضيق للمستهلك[١٩].

ومن بين التشريعات العربية التي تبنت هذا الاتجاه، قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦م، إذ عرف المستهلك بأنه (كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التصرف أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص).

أما على صعيد القضاء، فإن الملاحظ في هذا الصدد أن أغلب أحكام القضاء الفرنسي قد ذهبت إلى اعتماد المفهوم الضيق للمستهلك، ومن ذلك حكم محكمة باريس الجزئية في ٤ تشرين الأول ١٩٧٩م، الذي ذهبت فيه إلى تعريف المستهلك بقولها: (الشخص الطبيعي الذي يصبح طرفًا في العقد من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية)[٢٠].

وعن طريق ما تقدم في اتجاه تضييق مفهوم المستهلك نلاحظ أنه يجب توافر ثلاثة عناصر لاكتساب صفة المستهلك:

١- أن يكون من الأشخاص الذين يكتسبون أو يستعملون السلع أو الخدمات:

---

(١٧) د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٢.

(١٨) د. أحمد كمال الدين موسى، الحماية القانونية للمستهلك في المملكة العربية السعودية، مطبعة الإدارة العامة، الرياض، ١٤٠٢هـ، ص٣.

(١٩) د. يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة: ٢٤، العدد: ٤٤، أكتوبر ٢٠١٠م، ص١٥٢، هامش٤.

(٢٠) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٣.

هذا الاكتساب للسلع والخدمات الاستهلاكية يضاف إليه اكتسابها أو استعمالها الغرض غير الغرض المهني، وهذا بطبيعة الحال لا يقصي الأشخاص المعنوية من دائرة المستهلكين إذا كان نشاطها غير مهني، كالجمعيات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح.

٢- أن يتعلق محل العقد بالسلع أو الخدمات:

بحيث إن كل الأموال تصلح لأن تكون محل عقد الاستهلاك إذا تم استعمالها واكتسابها لغرض غير مهني بغض النظر عما إذا كانت هذه المواد الاستهلاكية تندثر من أول استعمال لها أو يدوم استهلاكها لفترة طويلة، أما الخدمات على مختلف أنواعها سواء كانت خدمات يدوية أو خدمات ذهنية أو خدمات مالية تصلح لأن تكون محلًا لعقد الاستهلاك شريطة ألا تكتسب أو تستعمل لغرض مهني [٢١].

٣- الغرض غير المهني:

يعد هذا العنصر المعيار الجوهري للتفرقة بين المستهلك والمهني، بمعنى يعد مستهلكًا كل من يكتسب أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني، أي لأغراض شخصية أو عائلية.

فهذا المفهوم للمستهلك يضيق من نطاق الحماية القانونية المقررة له، وخصوصًا فيما يتعلق بحمايته من الشروط التعسفية، بحيث لا يشمل الشخص الذي يتعاقد خارج مهنته لسد احتياجات مهنته.

وقد كان الهدف من تبني الفقه والتشريع والقضاء المفهوم الضيق للمستهلك؛ استبعاد من يتعاقد لأغراض مهنية من الحماية المقررة للمستهلك، فأساس هذه الحماية يكمن في أن العلاقة بين هذا المستهلك والمحترف علاقة غير متكافئة؛ بسبب افتقار المستهلك للتخصص الفني، وهذا الضعف في جانب المستهلك هو الذي دفع الفقه والقضاء إلى تطوير الكثير من القواعد القانونية لحمايته ولمعالجة اختلال التوازن العقدي، بل أن مثل هذه القواعد تمثل النظام العام في جانبه الاجتماعي، الذي يعد مظهرًا من مظاهر النظام الاقتصادي، وأن وجود مثل هذه القواعد ضرورة لا غنى عنها؛ لمعالجة المساوئ المتولدة عن مبدأ حرية التعاقد، ذلك المبدأ الذي أفسدته اقتصاديات السوق المعاصرة وآلياته[٢٢].

ومن هذا المنطلق يرى جانب من الفقه، أن يوسع من مفهوم المستهلك؛ ليتسنى دخول أشخاص يمكن أن ينطبق عليهم هذا المفهوم لشمولهم في نطاق الحماية القانونية المقررة لهم.

أما الاتجاه الثاني: فقد عرف المستهلك على أنه (الشخص الذي يبرم تصرفًا قانونيًا لغرض استخدام السلعة أو الخدمة بغرض إشباع احتياجاته الشخصية أو سد احتياجات مهنته)[٢٣].

---

(٢١) أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م، ص٢٠.

(٢٢) رنا علي كاظم الزبيدي، عدول المستهلك عن العقد، رسالة ماجستير، مقدمة إلي مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٨م، ص٢٠.

(٢٣) رنا علي كاظم الزبيدي، عدول المستهلك عن العقد، المرجع السابق، ص٢٢.

أما من جانب التشريع: فقد تبنت بعض التشريعات هذا المفهوم للمستهلك، فمن بين التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠م، الذي عرف المستهلك في الفقرة خامسًا من المادة الأولى بقوله: (المستهلك: الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها)[٢٤].

وبناءً على ذلك، يتسع مصطلح المستهلك ليشمل الشخص الذي يتعاقد للحصول على السلعة أو الخدمة لسد احتياجاته الشخصية، والمهني الذي يبرم تصرفات قانونية تخدم مهنته.

والذي يعنينا في هذا المجال، أن المستهلك في علاقته القانونية مع المحترف شخص طبيعيًا كان هذا الأخير أم معنويًا، يروم الحصول على السلع والخدمات التي يحتاجها، وقد تنطوي هذه العلاقة على اختلال في التوازن؛ بسبب حالة الضعف المسيطرة على المستهلك لمصلحة المحترف، إذ أن الأخير يتمتع بمركز أقوى من حيث القدرة الاقتصادية والخبرة.

كما أن غرض المحترف في علاقته القانونية، هو الحصول على أوفى قدر من الربح على حساب المستهلك، وقد يستغل حاجة المستهلك من أجل فرض شروطه التعسفية بما يجعل العقد غير متكافئ مما يلحق ضررًا بالمستهلك، الذي قد لا يستطيع اللجوء إلى القضاء لارتفاع تكاليف التقاضي في نزاع يتعلق بسلعة أو خدمة قد تكون قليلة القيمة.

ففي ظل هذه المعطيات ظهر المستهلك بوصفه شخصية رئيسة وغير مجرب وسهل الإيقاع به؛ لأن عدم كفاءته الفعلية أو القانونية لا تمكنه من مناقشة بنود العقد، كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير آثار هذه البنود على مركزه القانوني.

في حين يرى اتجاه: (أن الضعف التعاقدي ينشأ عن انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، أي أن أحدهما يوجد في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة العاقد الآخر، وهذا الضعف يطال إرادة العاقد ويؤثر فيها بقدرٍ يتفاوت من حيث جسامته، فنكون بصدد إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة، بما ينعكس على مضمون العقد وشروطه ولاسيما الطرف الضعيف فيه فتزيد التزاماته ويسوء مركزه القانوني، وهذا ما يستفيد منه الطرف القوي في العقد[٢٥].

---

(٢٤) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد: ٤١٤٣، السنة: الواحدة والخمسون، بتاريخ ٨ /٢٠١٠م.

(٢٥) د. محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري (دراسة مقارنة)، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، ٢٠٠٧م، ص١٠.

وبهذا الصدد يميز جانب من الفقه الفرنسي[٢٦] بين ثلاثة أنواع من الضعف الذي يعتري أحد طرفي الرابطة العقدية في العقود كافة بوجه عام:

١- الضعف الملازم أو الذاتي:

(ويقصد به الضعف الذي يعتري المتعاقد بذاته، بحيث يكون نابعًا منه، ويتحقق عندما تكون حالة النمو العقلي للمتعاقد، أو مستوى درايته ومعرفته بموضوع العقد مما لا يكفي لاتخاذ قرارًا صائبًا يعبر عن رضا مستنير بشأن فحوى الالتزامات المتبادلة التي يرتبها العقد.

٢- الضعف النسبي:

ويقصد به ذلك الضعف الذي يتحقق في المتعاقد عندما يضطر إلى قبول شروط جائرة يفرضها عليه الطرف الآخر، دون أن يكون له الخيرة في واقع الأمر بين قبول هذه الشروط أو رفضها، وهو ما يسمى أيضًا بالضعف الاقتصادي [٢٧].

وفي هذه الصورة من الضعف قد تتوافر في المتعاقد الأهلية اللازمة لإبرام العقد، ولا يكون رضاه مشوبًا بما يعيبه، فيكون مميزًا ومدركًا تمامًا لما يلتزم به، ولكنه يعد رغم ذلك طرفًا ضعيفًا.

٣- الضعف المعرفي:

وهو الذي ينشأ عن انعدام المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة والخبرة، فكثيرًا ما يعتري المتعاقد ضعفًا ناشئًا عن جهله بمعلومات وبيانات متعلقة بالعقد يحوزها المتعاقد الآخر، أو عن قلة خبرته الشخصية بموضوع التعاقد، بينما يتمتع المتعاقد الآخر بخبرة طويلة في هذا الشأن، فيكون التفاوت القائم بينهما ليس تفاوت اقتصاديًا، وإنما تفاوت في العلم والمعرفة والدراية.

ومما تقدم، نجد كل هذه التوسعة في فكرة الطرف الضعيف في العقد، ما هي إلا تطورًا للنظام الحمائي الذي يسبغه التشريع لحساب الجانب الضعيف في الرابطة العقدية، فصارت حمايته الشغل الشاغل ليست للمشرع وحده، وإنما للقضاء والفقه على حد سواء.

وتبعًا لذلك لم يعد العقد وحده هو شريعة المتعاقدين، وإنما ينشأ نظام عام عقدي ينمو باطراد متسم بطابع الحماية، فهو يهدف إلى حماية أحد المتعاقدين ضد المتعاقد الآخر، سواء أكان ذلك عند إبرام العقد أم عند

---

(26) FONTAINE (M.) L'a protéction de la partie fáible dans les rapports contractuels, Rapport de Synthwse, in la protection de la pártie fáible dans les rápports contractuels , compáráisons Franco-Belges , L. G. D. J., 1996, P.615.

(٢٧) د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص٣٤.

تنفيذه، ولاسيما فيما يتعلق بالشروط الجائرة التي يفرضها عليه ولا يقبل فيها المناقشة، وفي المقابل الطرف الآخر مضطر للدخول في العقد لحاجته إلى سلعة أو خدمة ضرورية.

ثانيًا: مبررات الحماية القانونية:

تتنوع الأسباب والمبررات التي تقود المشرع إلى التدخل لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، إلا أن أهم هذه المبررات وأكثرها شيوعًا، هي مبررات عامة تتعلق بإسباغ قدر من الأخلاق على المعاملات وتحقيق العدل المتبادل بين أطرافها، فمما يتنافى مع مكارم الأخلاق – مثلًا – أن يسعى شخص إلى الإفادة من عدم خبرة شخص آخر بأن يبرم معه عقدًا يضر بمصالحه، ومما يعوق تحقيق العدل التبادلي أن يعمد العاقد إلى التمسك بحقوقه مع فرض شرط يقرر إعفاءه من المسؤولية بما يفرغ التزاماته من مضمونها، وفي بعض الأحوال ترجع حماية الطرف الضعيف إلى اعتبارات خاصة تتصل ببعض القيم الإنسانية والحقوق الأساسية للفرد، فالحرص على صون الحرية والكرامة الإنسانية هو أساس قامت عليه معظم نصوص قانون العمل، التي عنيت بحماية العامل، بوصفه طرفًا ضعيفًا في مواجهة صاحب العمل [٢٨].

ومن ناحية أخرى، نجد أن هناك عقودًا تعد من عقود حسن النية، التي توجب على أحد العاقدين أن يدلي للآخر ببيانات معينة عن محل العقد وطبيعته، أو عن مدى ملاءمته لاحتياجاته أو عن خطورة بعض جوانب هذا التعاقد، إذ نجد في أغلب الأحوال المستهلك – وهو الطرف الضعيف في العقد– يقدم على شراء سلعة واستخدامها بناءً على معلومات وبيانات يحصل عليها من مقدمي السلع والخدمات، في الوقت الذي نجد المستهلك يفتقر عادة إلى مقومات عدة منها الخبرة القانونية والفنية التي تؤهله لاستيعاب شروط العقد وفهمها بدقة[٢٩].

علاوة على ذلك تقوم الشركات المحترفة بدراسة جميع الجوانب المتعلقة بالعملية التعاقدية، وتستعين بذلك بمستشارين وخبراء قانونيين وفنيين مختصين يعملون على استغلال النواقص والثغرات الموجودة في القوانين، ولاسيما في ظل الأنظمة القانونية التي لا تعرف قوانين خاصة بحماية الطرف الضعيف في علاقاته التعاقدية، مثل قوانين حماية المستهلك بوصفه طرفًا ضعيفًا في العقد، بل لا تزال تحكمها القواعد العامة الواردة في القانون المدني، إذ لا تعطي أي اعتبار لشخصية المستهلك وظروفه التعاقدية بوصفه الطرف الضعيف في الرابطة العقدية[٣٠].

([٢٨]) آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، ط١، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م، ص٥١.

([٢٩]) د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص٤٢.

([٣٠]) ومن قبيل هذا ما نصت عليه المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي علي أنه:(يفسر الشك في مصلحة المدين)، فيمكن هنا أن يستفاد إذا تصادف وجوده في مركز المدين.

والنتيجة تجسد المحترف ينفرد بوضع شروط وبنود تهدف إلى تخفيف التزاماته وتثقل كاهل المستهلك، وقد أسفرت بالنتيجة عن ظهور العقود النموذجية التي تتضمن في أغلب الأحوال شروطًا تعسفية، ولاسيما عندما يقل مجال اختياره، حيثما يتعلق الأمر بسلعة ضرورية بحاجة إليها وهي محل احتكار، فيضطر إلى إبرام عقد يذعن من خلاله الشروط المجحفة بحقه[٣١].

والجدير بالذكر أن معظم القواعد التي تحمي الطرف الضعيف قد يكون هدفها المباشر هو تحقيق غايات أخرى، فلا يكون الأثر الحمائي أحيانًا مقصودًا لذاته، وإنما يأتي عرضًا أو بصفة تبعية ومن قبيل ذلك القواعد المتعلقة ببعض الممارسات التجارية كالإعلانات التجارية، فهذه القواعد تستهدف في المقام الأول ضمان المنافسة الحرة بين التجار، أي حماية التاجر ضد المنافسة غير المشروعة التي تتم عبر هذه الإعلانات، ولا توفر حماية للطرف الضعيف إلا على نحو ثانوي[٣٢].

ومن كل هذه المعطيات يمكن أن نلخص المبررات التي دفعت المشرع إلى إسباغ الحماية القانونية في إطار التعاقد لحماية الطرف الضعيف بالآتي:

١- جهل المتعاقد الضعيف بالقانون، أو الواقع نتيجة تعاقده خارج تخصصه.

٢- صعوبة أو استحالة فهم الوثائق التعاقدية، إما لأسباب راجعة للطرف الضعيف أو لسوء صياغة العقد.

٣- عدم أخذ المتعاقد الضعيف الوقت الكافي للمقارنة بين شروط العقد المعروضة من الطرف القوي.

٤- اعتقاد المتعاقد الضعيف بصفة خاطئة، إما بقانونية أو شرعية الشروط النموذجية أو بكونها موحدة في السوق.

٥- تعقد سوق السلع والخدمات، وفي المقابل الحاجة الضرورية أو المستعجلة إلى السلعة أو الخدمة.

٦- ظهور أشكال جديدة للحث على التعاقد.

المبحث الثاني

وسائل حماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية

لما لم تعد القواعد العامة في القانون المدني العراقي كافية لتوفير حماية فعالة للطرف الضعيف في العقد بإزاء الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف المحترف عليه ولا يقبل مناقشته فيها ثمة اتجاه تشريعي قد ظهر في التقنينات المقارنة للحد من هذه الشروط، لذا سنقسم هذا المبحث على المطلبين الآتيين، إذ نجعل الأول

(31) M.Neil Browne and Nancy K.Kubasek , Business law, new york, 2009, MC Grown(ti).p109.

(٣٢) بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره علي المستهلك، دراسة قانونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٤م، ص١٤٥.

لبحث ؤالوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، والآخر لبحث الوسائل القضائية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية.

المطلب الأول

الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية

أولًا: قانون الاستهلاك الفرنسي رقم٩٣/٦٤٩/١٩٩٣:

في الوقت الذي خلت فيه القوانين المدنية من وضع ضوابط لمواجهة الشروط التعسفية الواردة في العقود بحق المتعاقد المتلقي لهذه الشروط، وضعت قوانين الاستهلاك الصادرة في العديد من الدول قواعد توجه وتنظم استخدام هذه الشروط، ومنها قانون الاستهلاك الفرنسي رقم٩٣/٦٤٩/١٩٩٣.

ومن مراجعة نصوص هذا القانون يمكن أن نجد نظام الحماية من الشروط التعسفية بين طيات القانون عن طريق النقاط الآتية:

١- تحديد نطاق الشروط التعسفية في العقود التي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين، وتحديد معناها بوجه عام بالشروط التي يكون من شأنها الإخلال بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة .

٢- إبطال الشروط التعسفية، إذ تعد كأنها غير مكتوبة – أصلًا– في العقد مع بقاء العقد صحيحًا وهذا ما يحقق أقصى فائدة للطرف الضعيف، ويطبق هذا الحكم على العقود كافة (سواء أكانت تلك التي تبرم بين المهنيين أم غير المهنيين) أيًا كان نوعها أو مستندها، ولاسيما على طلبات الشراء والفواتير وشهادات الضمان وإيصالات أو قسائم التسليم، والتذاكر التي تتضمن شروطًا، أو تحيل إلى شروط عامة سبق إعدادها [٣٣].

٣- يكون لمجلس الدولة الفرنسي إصدار مرسوم بعد أخذ رأي لجنة مواجهة الشروط التعسفية، تبعًا لطبيعة السلع والخدمات؛ لمنع أو تخفيف أو تعديل الشروط المتعلقة بتحديد الثمن، والوفاء بها وبمكونات الشيء، أو تسلمه أو وثيقة المخاطر ونطاق المسؤوليات والضمانات أو شروط تنفيذ أو تجديد العقود، وذلك عندما تكون الشروط مفروضة على المستهلكين أو غير المهنيين بسبب سوء استغلاله لنفوذه الاقتصادي بما يخوله مزايا مفرطة [٣٤].

٤- تحديد الشروط التعسفية عن طريق القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهذه النقطة هي ميزة يتميز بها هذا القانون، حيث اعترف للقضاء ولو ضمنًا بإمكانية استبعاد الشروط التعسفية؛ لأن استبعاد الشروط التعسفية عن طريق التنظيم اللائحي لم يرد إلا على سبيل

---

(٣٣) د. مصطفي محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢م، ص٩٤.

(٣٤) د. عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق، ص٢٥.

المثال، وذكر النماذج للشروط التي تعد تعسفية، فيكون بذلك للقضاء أن يحدد شرطًا ما يعد تعسفيًا حتى مع عدم وجود مرسوم يمنع هذا الشرط وهذا ما يحقق معه حماية فعالة للطرف الضعيف [٣٥].

٥- تحديد دور لجنة مواجهة الشروط التعسفية بالآتي:

- إعداد مشروعات لقرارات إدارية موضوعها تنظيم، أو منع أو تقييد الشروط التعسفية في العقود النموذجية، (١٣٢/٢).
- التوجيه بإلغاء أو تعديل البنود التي تتضمن شروط تعسفية (١٣٢/٤).
- إعداد تقرير سنوي عن نشاطها متضمنًا اقتراحات بتعديلات تشريعية أو اللوائح الخاصة بتنظيم الشروط التعسفية (١٣٢/٥).

ومما يجدر التنويه إليه، أن قرارات هذه اللجنة لا تعد ملزمة للأشخاص أو المشرع، إذ دورها ينحصر في إبداء النصح والاقتراحات، التي تثمر عادة بصدور بعض التشريعات، والتي تتطابق مع بعض اقتراحات هذه اللجنة، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد بين نطاق التعسف، وذلك عندما أدرج قائمة بالشروط التي تعد تعسفية بطبيعتها، أما الشروط التي تعد تعسفية بحكم تطبيقها، فقد أوكلها إلى لجنة مواجهة الشروط التعسفية التي تصدر بين الحين والآخر، فهي تعد قرارات تعسفية بحكم متغيرات الواقع العملي [٣٦].

ثانيًا: قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦م:

إن الحماية الواردة في هذا القانون هي حماية المستهلك من الشروط التي تعفي أو تنقص من التزامات الطرف الذي يورد هذه الشروط في العقد، وهذا ما نستشفه من نص المادة العاشرة من القانون بقولها (يقع باطلًا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون) [٣٧].

ويتضح ولأول وهلة أن المشرع المصري قد قصر الحماية على إبطال الشروط التي تعفي أو تحد من التزامات مورد السلعة أو مقدم الخدمة بوصفها شروطًا تعسفية، فإن المشرع في هذه المادة يحمي المستهلك – الضعيف في التعاقد– مدنيًا من أي شروط يضعها المورد أو مقدم الخدمة في تنفيذ التعاقد أو الوثيقة أو المستند بقصد إعفائه من كل الالتزامات أو بعضها، فأوجب بطلان هذه الشروط [٣٨].

---

(٣٥) د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص٥١.

(٣٦) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٠٥م، ص٨٣.

(٣٧) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص٥٧.

(٣٨) محمد علي سكيكر، شرح قانون حماية المستهلك، دار الجامعين للطبع والتجليد، بدون مكان وسنة طبع، ص٤٠.

في حين أن الحماية لا تقتصر على إبطال هذه الشروط فحسب، وإنما تمتد إلى تلك الشروط التي تنقص أو تحد من حقوق المستهلك الأساسية، وبهذا لا يمكنه أن يلتزم بأي شرط يخل بحقوقه أو ينقص أو يحد من التزامات المورد أو مقدم السلعة، حتى ولو كان هذا الشرط واضحًا، إذ طبقًا للقواعد العامة في التفسير، يكون من غير المقبول إهمال الشروط الواضحة واستبعادها طالما لم يقم الدليل على خلافها، وهذا غالبًا ما يكون من الصعب إثباته، إذا لم نقل من غير الممكن.

كما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أن ينشئ القانون جهازًا تنفيذيًا يتولى تنفيذ وتطبيق أحكامه؛ يهدف إلى حماية المستهلك وصون مصالحه، وتكون له شخصية اعتبارية، وقد راعى القانون في تشكيل مجلس إدارة هذا الجهاز التوازن بين كل من ممثلي الجهات الرسمية وجمعيات المستهلك والمنتجين والتجار وذوي الخبرة، كما يقوم الجهاز بواجباته واختصاصاته من خلال التعاون الكامل مع أجهزة الرقابة القائمة، وقد أشارت المادة (١٢) من هذا القانون بقولها: (ينشأ لتطبيق أحكام هذا القانون جهاز يسمى جهاز حماية المستهلك، يهدف إلى حماية المستهلك وصون مصالحه، تكون له الشخصية الاعتبارية العامة، ويتبع الوزير المختص، ويكون مركزه الرئيسي مدينة القاهرة، وله فروع أو مكاتب بالمحافظات ...).

كما أشارت المادة المذكورة إلى الواجبات والوظائف الملقاة على عاتق الجهاز لتحقيق أهدافه وهي على النحو الآتي:

أ. وضع الخطط وبرامج العمل لحماية حقوق المستهلك، وتعزيزها وتنميتها ووسائل تحقيق ذلك.

ب. تلقي الشكاوى من المستهلكين والجمعيات والتحقيق فيها.

ج . التنسيق مع أجهزة الدولة المختلفة لتطبيق أحكام هذا القانون على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية.

وتلتزم هذه الأجهزة بتقديم البيانات والمشورة الفنية التي يطلبها الجهاز، وذلك فيما يتعلق بشكاوى المستهلكين والجمعيات.

د. دراسة الاقتراحات والتوصيات التي ترد إلى الجهاز، فيما يتعلق بحقوق المستهلك، وإعداد البحوث والدراسات الخاصة بها، وبهذا الصدد أوضحت المادة في أعلاه السبل الكفيلة للجهاز لحماية المستهلك، بالتنسيق مع الأجهزة المختلفة [٣٩].

ثالثًا: قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠م:

(٣٩) صدرت اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري بقرار رقم (٨٨٦) لسنة ٢٠٠٦م، ونشر هذا القرار بالجريدة الرسمية، العدد: ٢٧١، في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٦م.

تضمن هذا القانون سبعة فصول، حيث جاء عنوان الفصل الأول التعاريف والأهداف ونطاق السريان، والفصل الثاني مجلس حماية المستهلك، وفي الفصل الثالث حقوق المستهلك، والفصل الرابع واجبات المجهز والمعلن، والفصل الخامس المحظورات، والفصل السادس العقوبات، والفصل السابع أحكام عامة.

فنجد المشرع العراقي، لم يتضمن بين طيات نصوص القانون حماية الطرف الضعيف من الشروط المجحفة، وذلك من خلال معالجته الشروط التعسفية التي ترد في العقود [٤٠].

وبإزاء قصور القواعد العامة في القانون المدني العراقي في توفير حماية فعالة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية في أثناء تعاقداتهم مع المحترفين، ومسايرة للاتجاه التشريعي الحديث الذي اتبعته أغلب النظم القانونية التي سارعت إلى إصدار تشريعات متخصصة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، فإنه لابد من اقتراح إصدار تشريع عراقي يحقق لنا ذات الحماية في هذه التشريعات بما يتناسب وظروف الواقع الاقتصادي والاجتماعي والقانوني في العراق، ولا نريد بطبيعة الحال في هذا المطلب أن نعرض نموذجًا لمثل هذا التشريع، وإنما نود أن نعرض المبادئ العامة التي يمكن الاستهداء بها عند وضعه، مقتدين في ذلك بالنظم التشريعية الحديثة التي تناولتها، وعليه فإن هذه الحماية يمكن أن تكون على النحو الآتي:

١- أن يتضمن التشريع المقترح مبدأ عامًا يتيح للقضاء العراقي تقويم مدى التوازن الذي يحققه العقد، وإعادة النظر في شروطه في الحالات التي يظهر فيها اختلال التوازن بين الالتزامات المترتبة عليه.

٢- التشجيع على العقود المعدة سلفًا؛ وذلك بغية مراقبتها من إيراد الشروط التعسفية فيها لإيجاد معالجة لمنعها أو إلغائها إذا كانت مجحفة بحق الطرف الآخر.

٣- التشجيع على إنشاء اللجان التي تهتم بحماية المستهلك – باعتباره الطرف الضعيف-؛ بغية تبصيره بحقوقه والالتزامات الملقاة على عاتقه [٤١].

٤- التشجيع على تأمين التوازن القانوني والاقتصادي والفني في العلاقة التعاقدية، مع توفير آليات قانونية وقضائية حديثة تؤمن الحماية الفعالة للمستهلك.

٥- أن يتضمن القانون قائمتين بالشروط التعسفية: قائمة سوداء، وقائمة رمادية، كما هو الحال في القوانين المذكورة آنفاً.

على أن تكون الشروط الواردة في القائمتين شروطًا واردة على سبيل المثال لا الحصر؛ وذلك لعدم إمكانية الإحاطة بجميع الشروط التعسفية، لذا فإنه ينبغي إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد فيما إذا كان الشرط تعسفي من عدمه، والحكم بإلغائه إذا كان تعسفيًا، وإن لم يرد فيه، وذلك بتبني مبدأ عام يتيح للقضاء

(٤٠) آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق، ص٥٦.

(٤١) د. عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك، عقود الاستهلاك، ط١، مطبعة أميمة، فاس، ٢٠٠٦م، ص١٣٣.

العراقي تقييم مدى التوازن الذي يحققه العقد وإعادة النظر في شروطه في الحالات التي يظهر فيها اختلال في التوازن بين الالتزامات المترتبة عليه.

المطلب الثاني

الوسائل القضائية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية

أولًا: دور القضاء في تفسير العقد لحماية الطرف الضعيف:

الأصل كما هو الجاري العمل به، أن القضاء يحجم عن التدخل في الرابطة العقدية؛ احترامًا منه لمبدأ القوة الملزمة للعقد، طالما تمتع طرفا العقد بأهليتهما في التعاقد.

والتفسير يعد وسيلة قضائية لإظهار إرادة المتعاقدين في العقد، وإظهار هذه الإرادة هو في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وتعني كل ما اتفق المتعاقدان عليه، وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه فعبرا عنه بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونه.

لذا فإن الأداة الأولى التي كان بوسع القضاء استعمالها، هي تفسير الشرط التعسفي ضد مصلحة الطرف القوي على الرغم من أن مهارة الصياغة تعني العمل على تقليل احتمال الرجوع إلى قواعد التفسير ومبادئه، ومن تلك المبادئ:

أ- تفسير الشك لمصلحة المدين:

إذا كانت القواعد العامة للتفسير، يصح اعتمادها بوصفها أساسًا في تفسير العقود بصورة عامة، فإن هذه القواعد قد جرى تعديلها على النحو الذي يضمن لها الفعالية والانسجام والملاءمة مع خصوصية بعض العقود، التي تحاول عن طريق نظرية التفسير حل إشكالية عدم التكافؤ بين مراكز المتعاقدين، ولا سيما مع بروز أفكار قانونية حديثة تدعو إلى حماية الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي (٤٢).

لذلك تحد من صلاحية القاضي في تفسير العقد قيود، أهمها أن يكون النص غامضًا غير واضح، وأن يكون التفسير وسيلة غير مباشرة؛ لإحلال إرادة القاضي أو فهمه محل إرادة أو فهم العاقدين، فيكون قد أعاد صياغة العقد بحسب تصوره، لا بحسب إرادة واضعيه.

كما أن قاعدة الشك تفسر لمصلحة المدين، التي تنهض بها الأصول العامة في القانون، فإن تفسير النص الذي ينتابه الشك لمصلحة المدين في الالتزام ليس ملزمًا للقاضي، خصوصًا إذا عرفنا أن الدائن في الالتزام هو الطرف الأقل خبرة أو كفاءة وقدرة اقتصادية (٤٣)، فهنا يجب أن توفر الحماية في مواجهة الطرف الذي بيده

(٤٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥م، ص٥٥٠.

(٤٣) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام "العقد والإرادة المنفردة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٦٤.

المبادرة في شأن الاشتراط، وتطبيقًا لذلك في العقود المعدة مسبقًا من جانب المحترف إذا تضمنت شروطًا تعسفية، لابد من تفسير الشرط الذي تحمل عباراته الشك ضد مصلحة المحترف المشترط.

وعلى الرغم من إيجابيات هذه القاعدة في توفير قدر من الحماية للطرف الضعيف، تبقى هذه القاعدة غير كافية لتحقيق الحماية المرجوة له، إذ إن الأمر لا يتعلق بتقييم العقد في مجمله، وإنما يقتصر التفسير على أحد شروط العقد، حتى ولو استطاع القضاء عن طريق التفسير أن يخفف من أثر الشرط التعسفي، لكنه لا يؤدي بذلك إلى إعادة التوازن العقدي، إذ لا يستطيع القاضي أن يعطل تطبيق أي شرط من شروط العقد بحجة تحقيق التوازن بين الالتزامات إلا في الحالات المسموح بها قانونًا(٤٤).

ب– حسن النية في العقد:

يعد حسن النية من القواعد الأساسية في التشريعات الحديثة عمومًا والقديمة، ومن الممكن الاستعانة بتطبيقاته المتنوعة في استخلاص الحلول المناسبة في مختلف مراحل العقد؛ حيث تفرض على طرفي العلاقة التعاقدية توجيه إرادتهما بطريقة تتفق وما توجبه هذه القاعدة.

إن الوفاء بما توجبه هذه القاعدة يؤدي إلى تنوير رضاء المتعاقد وتبصيره في تكوين إرادته التعاقدية، ومن ثم تحقيق المساواة الفعلية المسلوبة من طرف المتعاقد الضعيف من خلال دخوله إلى العملية التعاقدية على أساس رضاء سليم ومستنير(٤٥).

إن الالتزام بحسن النية هو التزام متبادل بين المتعاقدين، وبالأصل هو ليس التزامًا مفروضًا على طرف لصالح الطرف الآخر فقط.

كما في إطار العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين نجد أن الالتزام بما تقتضيه قاعدة حسن النية يكون مطلوبًا من جانب المحترف أكثر من المستهلك؛ لأن هذا الأخير لا يملك من المقومات ما يمكنه من إبرام العقد مع المحترف بما يخالف مقتضيات حسن النية؛ لذلك يمكن القول بأن هذه العقود هي منتهى حسن النية وتتطلب من المحترف الالتزام بما تقتضيه قاعدة حسن النية على نحو متشدد وواضح (٤٦).

وهكذا يمكن القول بأن أساس الالتزام بعدم إدراج الشروط التعسفية في العقد يرجع إلى الالتزام العام بحسن النية في مرحلة إبرام العقد.

(٤٤) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقًا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، دار المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص٦٧.

(٤٥) رمضان أبو سعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص٢١٠.

(٤٦) إلياس ناصيف، الموسوعة المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مفاعيل العقد، دراسة مقارنة، ط٢، د.ب.ن، لبنان، ١٩٩٨م، ص٢٣٩.

وفي القانون المدني العراقي لم يأت بنظرية عامة لقاعدة حسن النية في جميع مراحل العقد، ولكنه نص في الفقرة الأولى من المادة (١٠٠) منه على أن (يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

ولابد أن نميز في هذا الصدد بين:

١- شروط العقد الواضحة:

فالغاية من الصياغة، هي وضع موضوع التعاقد في قوالب تقوم بالتواصل بين طرفيه بطريقة واضحة، وتكفل تنفيذه من دون منازعات أو مخالفات، فالصياغة لن تقوم من فراغ بل يفترض وجود موضوع له معنى محدد يراد التعبير عنه بشكل صحيح وواضح وكامل، وعليه فإن هناك ثمة تبادلًا بين الموضوع والشكل عند تحرير أي وثيقة عقدية، وهذا الكلام ينسجم والقواعد العامة في تفسير العقد، وهذا ما أكده القضاء العراقي، إذ جاء في قرار محكمة التمييز العراقية أن (الأصل في تفسير عبارات العقد، أن المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي، ولا يجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني، إلا إذا تأكد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى آخر، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ...)[٤٧].

كما أخذ بهذا المعنى القضاء المصري، إذ جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية قولها (... ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن القاضي ملزم أن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز تحت ستار التغير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، إلا أن المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ .... وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبن في حكمه الأسباب المقبولة التي يبرر هذا المسلك)[٤٨].

٢- شروط العقد الغامضة:

الأصل في صياغة أي محرر هو إيصال فكرته إلى الآخرين، وأن صياغة شروط العقد تستهدف بصفة خاصة التعبير بوضوح عن الاتفاق بين طرفيه، وبطريقة تنقل المعنى كاملًا على النحو الذي لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج وثيقة العقد عن حلول للخلاف المحتمل بين طرفيه[٤٩].

(٤٧) رقم القرار(٤٣)، موسوعة أولي، (٩٩٩) في ١٩٩٦/٤/٢٨م، منشور في الموسوعة العدلية، العدد: ٦٧/٢٠٠٠م، ص٢-٣.

(٤٨) نقض مدني، ١٩٩٣/١١/٧م، الطعن رقم ١٣٩٤م، لسنة ٥٨ ق، عبد المنعم حسين، المجموعة الماسية، الإصدار المدني، العدد: ١٠، ص٥٣٢.

(٤٩) أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٨م، ص٢٥٣.

وغالبًا ما يعمد واضعوا هذه الشروط، ولاسيما في نطاق العقود التي لم يشترط المشرع فيها صياغة بطريقة معينة معقدة يصعب فهمها وإدراك مفهومها، حتى ولو تسنى الاطلاع عليها؛ لأنها تصاغ بأحرف دقيقة وناعمة، وبشكل مزدحم (٥٠).

وبهذا المعنى جاء قرار محكمة النقض الفرنسية بأنه (لا تلزم المحاكم بالأخذ بالشروط المطبوعة غير المقروءة، التي لم يشترك المتعاقد الآخر في تحريرها، ومن ثم لم يتمكن من الاطلاع عليها) (٥١).

وفي ضوء ما تقدم، نجد الطرف القوي قد وفر له جوًا مناسبًا لتضمين العقود شروطًا وملاحق لا يعلم الطرف الآخر شيئًا عنها، في حين أنها تلزم الأخير بأداء معين أو تقلل من حقوقه وضماناته، وأمام هذه الصياغات المبهمة والغامضة لشروط العقد لا يمكن افتراض علم المتعاقد بها، ولا يمكن أن يعد التوقيع على العقد رضًا بما تضمنه من شروط صيغت بطريقة لا تبيح له فهم المقصود (٥٢).

ثانيًا: سلطة القاضي في تعديل الشروط أو إلغائها في العقد لحماية الطرف الضعيف:

الأصل أن تدخل القاضي لتحديد مضمون الرابطة العقدية، هو استثناء من المبدأ العام –العقد شريعة المتعاقدين – لذلك حصر المشرع تدخل القاضي في حالات محددة، الغاية منها ضمان حد أدنى من التوازن، على النحو الآتي:

أ– سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية:

يقضي القانون العراقي والقانون المقارن، بضرورة توفير حماية قانونية للطرف الضعيف في العقد، تعيد له قدرة من التوازن الاقتصادي والفني، والحماية التي أولاها المشرع للطرف الضعيف، وتعد الغاية التي استهدفها الفكر القانوني دومًا، فعلى سبيل المثال، أن الطرف المذعن في عقد الإذعان، إنما في حقيقته يرضخ لإرادة المتعاقد الآخر ويسلم لشروطه من غير نقاش.

وتتركز الحماية في تجنب المذعن أثر إعمال الشروط التعسفية، فسلطة التعديل تعني (الإبقاء على الشرط مع رفع أوجه التعسف الذي شابه إلى الحد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة العقدية) (٥٣).

وجاءت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي، حيث أجازت للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان وفقًا لما تقضي به العدالة، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

---

(٥٠) د.سليمان دايح البراك الجميلي، الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٢م، ص٩٣.

(٥١) CIV.5JANV. 1948. D.1948.ET NOT P.L.P265.

(٥٢) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، خال من مكان الطبع، ٢٠٠١م–٢٠٠٢م، ص٤٢.

(٥٣) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة معارف الإسكندرية، ص٨٤.

وقد قدر المشرع ضرورة الخروج على القواعد العامة استجابة لما يتطلبه الطرف الضعيف من الحماية لكونه طرف ضعيفًا في إطار علاقته التعاقدية مع الطرف الآخر، ويكون ذلك من خلال الآتي:

١- انعدام المصلحة في الالتزام المفروض على المذعن:

قد يلجأ الطرف المتفوق في عقد الإذعان إلى فرض بعض الالتزامات على الطرف المذعن، الذي ليس أمامه إلا الإذعان وقبول تلك الالتزامات، وفي هذه الحالة ينتفي فيها وقوع الضرر على الطرف المتفوق؛ بسبب مخالفة الطرف المذعن الشرط التعسفي [٥٤].

وفي هذه القاعدة الشديدة وجد القضاء وسيلة لإدخال بعض الاستثناءات تتعلق بصفة عامة بالالتزامات المفروضة على الطرف الضعيف وقت إبرام العقد وأثناء سريانه، ويبدو الأمر واضحًا في عقد التأمين باعتباره من أبرز عقود الإذعان.

وقد ألزم القانون المدني العراقي المؤمن له أن يقرر وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له، والتي يهم المؤمن معرفتها من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهمًا في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة[٥٥] .

ويميز القضاء بين حالتين، حالة ما إذا كان المتروك قد ذكرته وثيقة التأمين صراحة، وحالة ما إذا كان العقد يتضمن شرطًا غير دقيق، ففي الحالة الأولى: تطبق المحكمة شرط سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين، أما في الحالة الثانية: فإن المسألة التي تقف عليها المحكمة هي البحث عما إذا كانت الواقعة التي لم تذكر في وثيقة التأمين تخطئ أو لا تخطئ فكرة المؤمن عن الخطر المؤمن منه.

وفي هذا الصدد قررت محكمة تمييز العراق في قرار لها، إبطال الشرط الوارد في وثيقة التأمين، والمتضمن سقوط حق المؤمن له بمبلغ التأمين، بأنه (ليس للمؤمن – شركة التأمين –الامتناع عن دفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن له بحجة إصابته بأمراض أخفاها عن المؤمن؛ لأن إجراء المؤمن الفحوصات الطبية على المؤمن له دليل على موافقته على عقد التأمين) [٥٦].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن (يجب على المؤمن له إخطار المؤمن بتحقق الخطر المؤمن منه في الميعاد المناسب، مالم يتضمن العقد ميعادًا محددًا، ومن ثم يتعين أن يتم الإخطار فيه، ولا يترتب على الإخلال به

([٥٤]) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤م، ص٣٠٤.

([٥٥]) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص٣٥٩.

([٥٦]) قرار رقم ٦٧١/مدنية ثانية/٩٧٣ في ١٩٧٣/١٠/٢٢م، النشرة القضائية، بغداد، العدد: الرابع، السنة: الرابعة، ص٦٩.

سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إلا إذا ترتب على ذلك ضرر بالمؤمن؛ إذ تتحقق في هذه الحالة أركان المسؤولية، ويسقط الحق في مبلغ التأمين بالقدر الذي يتناسب مع الضرر الذي لحق بالمؤمن) [٥٧].

٢- حسن نية الطرف المذعن:

حسن نية الطرف المذعن له أثره في عدم سريان الشرط التعسفي بحقه، فلقد كان القضاء ومازال يهتم اهتمامًا شديدًا بحسن أو سوء نية الطرف المذعن في العقد بغية الحكم بسريان أو عدم سريان الشرط التعسفي بحقه، فإذا ما ثبت للقضاء مخالفة المذعن لشروط العقد التي صدرت عن حسن نية منه، قضى حينئذ بعدم سريان تلك الشروط بحقه.

فحسن النية يتبلور في عقد التأمين، باعتباره من التطبيقات في عقود الإذعان الذي يتسم بحسن نية المتعاقد فيه، بيد أنه يشترط لبطلان عقد التأمين في حالتي الكتمان أو الكذب توافر عنصرين في فعل المؤمن له.

الأول: عنصر مادي يتجسد في عدم الإعلان عن الظروف أو الإعلان الكاذب لها.

الثاني: عنصر شخصي أو نفسي يتمثل في سوء نية المؤمن له، أو وجود نية الغش لديه.

وبهذا ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرار صادر عنها، والذي يقضي بأن الشرط الذي يعطي للمؤمن الحق في تحديد تاريخ سريان عقد التأمين يعد شرطًا تعسفيًا؛ لأنه يخالف مبدأ حسن النية.

غير أن سوء نية الطرف الضعيف لا تكون متوفرة في القضية إلا إذا كان الكتمان أو الكذب عمديًا استهدف به المؤمن له تضليل المؤمن، أو قصد من ورائه تعديل فكرة المؤمن عن الخطر المؤمن منه، وبهذا الشأن قضت محكمة التمييز العراقية، بعدم أحقية المؤمن له بقيمة السيارة التي وردت في وثيقة التأمين لتعمد المؤمن له الكذب، وعدم الإدلاء بالبيانات الصحيحة حول السيارة، وجاء نص القرار بالآتي (إذا عمد المؤمن له زيادة قيمة السيارة في وثيقة التأمين الثانية، خلافًا لقيمتها المدونة في عقد الشراء في الوثيقة الأولى، فيكون قد أدلى عمدًا بأمور كاذبة كانت ذات أثر في عقد التأمين لما دونه في وثيقة التأمين الأولى)[٥٨].

ويعد حسن نية المؤمن له من عدمه مسألة ترجع إلى تقدير قاضي الموضوع، الذي يلزم عند تقديره، أن يدخل في اعتباره الظروف الشخصية لهذا الأخير كثقافته وخبرته، وعمل القاضي في هذا الشأن غير خاضع لرقابة محكمة التمييز.

فقد أشار القضاء المصري بما تقدم، وقضى في أحد أحكامه (أن شرط سقوط فائدة التأمين على الحياة لإعطاء بيانات كاذبة عمدًا أو للإخفاء العمدي لظروف هامة، لا يطبق إلا إذا كان المؤمن له قد أراد

---

(٥٧) نقض ١٩٦٦/٦/٢٨م، طعن ٢٨٥ س ٣١ قضائية، أشار إليه المستشار أنو طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج٣، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص٥٨.

(٥٨) قرار رقم ٩٤/ هيئة عامة/ ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٧/٢١م، مجموعة الأحكام العدلية، العدد: الثالث، السنة: العاشرة، ص٩.

بتقريرات عمدية كاذبة ومحسوبة أن يخدع الشركة بالنسبة لحالة صحته الحقيقة وقت إبرامه للتأمين، إلا إذا كان وقت التعاقد قد قام بحسن نية بالأجوبة التي تطعن فيها الشركة)[٥٩].

ب- سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية:

قد يتجه القاضي إلى إعفاء الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية؛ بغية إعادة التوازن الاقتصادي والفني والقانوني المختل، وبهذا فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية، جاز للمحكمة أن .... تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وإعفاء المتعاقد الضعيف من الشرط التعسفي، يكون إما لعدم علم المتعاقد بهذا الشرط، أو لعدم تمكنه من العلم به، أو لعدم تمكنه من مراعاته بسبب القوة القاهرة[٦٠].

ونصت الفقرة الثانية من المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي بأنه يقع باطلاً (كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلق بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط).

فيتبين من هذا النص أن القاضي يستطيع إعمال سلطته في استبعاد الشرط التعسفي من وثيقة التأمين من خلال الحكم ببطلانه هو توفر أمرين: أولهما: أن يكون الشرط المطبوع غير بارز بشكل ظاهر في الوثيقة، وثانيهما: أن يكون ذلك الشرط متعلقًا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

وبهذا قضت محكمة تمييز العراق بأن (يحتج على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل؛ لأنه لم يكن واضحًا، ولم يكتب بطريقة تسترعي الانتباه)[٦١].

كما أن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن عقد التأمين من العقود التي مبناها حسن النية، وصدق الإقرارات التي يوقع عليها المؤمن، والغش فيها أو إخفاء حقيقة الأمر يجعل التأمين باطلًا[٦٢].

الخاتمة

بعد دراسة الموضوع قد توصلنا في النهاية إلى أهم النتائج والتوصيات، كما يأتي:

أولًا: النتائج:

---

(٥٩) استئناف مختلط في ١٠ مارس ١٩٠٥م.

(٦٠) محمد محمي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٧م، ص١٤١.

(٦١) قرار رقم ٩٧٧/ مدنية أولي/١٩٧٨م في ١٣/٥/١٩٧٨م، مجموعة الأحكام العدلية، العدد: الثاني، السنة: السادسة، ١٩٧٨م، ص٣٢.

(٦٢) قرار رقم ٢٥٠٨ س ٥٢ جلسة ٢٦/٢/١٩٩١م، س٤٢، ص١٢٠٥.

١- لم يتفق الفقه على مفهوم موحد للمستهلك، وإنما انقسم إلى اتجاهين: اتجاه موسع لمفهوم المستهلك واتجاه مضيق لمفهوم المستهلك.

٢- أن أغلب التشريعات المقارنة قد أخذت بالمفهوم الضيق على أساس أنه الشخص الذي يستخدم السلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية.

٣- لم يكن المشرع العراقي موفقًا في تعريفه للمستهلك؛ إذ أنه استخدم عبارة الإفادة من السلعة، ومعنى الإفادة لا يقتصر على الاستهلاك الشخصي، إذ قد تأتي الفائدة من السلعة عن طريق التصرف فيها، وليس فقط عن طريق استهلاكها.

٤- تتم حماية الطرف الضعيف في العقد بوسيلتين: الأولى هي: مكافحة الشروط التعسفية وذلك بمنح القضاء سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية إذا ما وجدت في العقد مع عدم جواز الاتفاق على منع القضاء من تعديل هذه الشروط، أما الوسيلة الثانية: فهي تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنًا، إذ يقوم القضاء بتفسير بنود العقد الغامضة بما يحقق مصلحة الطرف الضعيف.

٥- لم يكن المشرع العراقي موفقًا في صياغة المادة (١٦٧) وخصوصًا الفقرة الثالثة المتعلقة بتفسير العبارات الغامضة إذ إنها لا تعني حماية كافية للطرف المذعن.

ثانيًا: التوصيات:

١- تعديل البند خامسًا من المادة الأولى من قانون حماية حق المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠م، ليكون على النحو الآتي (المستهلك هو كل شخص يتعاقد من أجل الحصول على سلع أو خدمات لاستخدامها في إشباع احتياجاته الشخصية، أو في غير مجال نشاطه المهني).

٢- يجدر بالقضاء العراقي الأخذ بالمفهوم الواسع لعقد الإذعان دون الاقتصار على العقد المتعلق باستخدام خدمة المرافق العامة، وخصوصًا بعد التطور الحاصل في المجتمع العراقي، وكذلك تطور النظام الاقتصادي؛ مما يجعل الحاجة ملحة إلى تبني المفهوم الواسع لعقد الإذعان بهدف توفير الحماية للمستهلك.

٣- تعديل قانون حماية حق المستهلك العراقي، وذلك بالنص على بطلان أي شرط يستقل المحترف بوضعه، الذي يؤدي إلى إعفاء المحترف من التزاماته أو التخفيف من مسؤوليته أو إلغاء أو نقصان حقوق المستهلك الأساسية، ونقترح أن يكون النص بالشكل الآتي: (يقع باطلًا كل شرط يكون من شأنه الإعفاء أو الحد من مسؤولية المجهز، أو يلغي أو ينقص أي من حقوق المستهلك الأساسية أو يؤدي إلى إخلال التوازن العقدي بين الأطراف).

٤- تعديل قانون حماية حق المستهلك، وذلك بالنص على حماية حق المستهلك في المعاملات التي تتم عبر وسائط الكترونية ونقترح أن يكون النص على الشكل الآتي: (في المعاملات عبر الوسائط الالكترونية يتوافر للمستهلك قبل إبرام العقد المعلومات الآتية:

- اسم، وعنوان، وهاتف، وفاكس، والبريد الإلكتروني للتاجر أو مقدم السلعة.
- وصف تفصيلي لمراحل إنجاز العملية التجارية.
- طبيعة وخواص وسعر المنتج.
- نفقات تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والضرائب المستحقة وأية مبالغ أخرى.

٥- يتعين قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته، وتمكينه من إقرار التعاقد أو تغييره حسب إرادته، وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني.

٦- تعديل نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي، ونقترح أن يكون النص على الشكل الآتي: (١- في العقود التي يستقل الطرف القوي فيها بصياغة مشروع العقد أو تحديد بنوده يكون للقضاء سلطة تقدير الشروط التعسفية أو إلغائها أو تعديلها أو إعفاء الطرف الضعيف منها طبقًا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك، ٢- يكون التفسير في هذه العقود في مصلحة الطرف الضعيف في العقد ولو كان دائنًا).

المصادر:

١. د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٢. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
٣. د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، دراسة تحليلية، التفسير للنشر، بغداد، ٢٠٠٨م.
٤. آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠م.
٥. د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
٦. ندي عبد الكاظم حسين، نظرية انتقاص العقد، رسالة ماجستير، مقدمة إلي كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٠م.
٧. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٠م.
٨. د. عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨م.
٩. د. علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية، دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١م.
١٠. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
١١. د. أبو عبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، ط١، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، ٢٠٠٨م.
١٢. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٧م.

١٣. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مطبعة التقدم، إسكندرية، ١٩٨٦م.
١٤. د. أحمد كمال الدين موسى، الحماية القانونية للمستهلك في المملكة العربية السعودية، مطبعة الإدارة العامة، الرياض، ١٤٠٢هـ.
١٥. د. يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة: ٢٤، العدد: ٤٤، أكتوبر ٢٠١٠م.
١٦. أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.
١٧. رنا علي كاظم الزبيدي، عدول المستهلك عن العقد، رسالة ماجستير، مقدمة إلي مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٨م.
١٨. د. محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري (دراسة مقارنة)، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، ٢٠٠٧م.
١٩. آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، ط١، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م.
٢٠. بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره علي المستهلك، دراسة قانونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٤م.
٢١. د. مصطفي محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢م.
٢٢. د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
٢٣. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٠٥م.
٢٤. محمد علي سكيكر، شرح قانون حماية المستهلك، دار الجامعين للطبع والتجليد، بدون مكان وسنة طبع، ص٤٠.
٢٥. د. عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك، عقود الاستهلاك، ط١، مطبعة أميمة، فاس، ٢٠٠٦م.
٢٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥م.
٢٧. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام "العقد والإرادة المنفردة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٢٨. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقًا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، دار المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
٢٩. رمضان أبو سعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
٣٠. إلياس ناصيف، الموسوعة المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مفاعيل العقد، دراسة مقارنة، ط٢، د.ب.ن، لبنان، ١٩٩٨م.
٣١. أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٨م.
٣٢. د. سليمان دايح البراك الجميلي، الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٢م.
٣٣. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، خال من مكان الطبع، ٢٠٠١م-٢٠٠٢م.

٣٤. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة معارف الإسكندرية.

٣٥. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤م.

٣٦. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٣٧. محمد محمي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٧م.

38. RAYMOND, Droit de la consommation, Litéc, 2008.

39. FONTAINE (M.) L'a protéction de la partie fáible dans les rapports contractuels, Rapport de Synthwse, in la protection de la pártie fáible dans les rápports contractuels , compáráisons Franco-Belges , L. G. D. J., 1996,

40. M.Neil Browne and Nancy K.Kubasek , Business law, new york, 2009, MC Grown(ti).

41. CIV.5JANV. 1948. D.1948.ET NOT P.L.